Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

IX.

Zur Lehre vom Gegenstande der Condiktionen.

Von Herrn G. Mandry,
Professor in Tübingen.

I.

Als Objekt des Restitutionsanspruchs, der mit der condictio indebiti geltend gemacht werden kann, erscheint die zur Zahlung hingegebene Sache (id ipsum, quod indebitum solvitur), soweit solche einer Rückgabe in natura fähig und im Vermögen des Verpflichteten vorhanden ist.

L. 7, 26 § 12, L. 32 pr. cond. ind. 12. 6.

Dies ist allgemein anerkannt, wenn als Objekte der Zahlung nichtvertretbare Sachen hingegeben worden sind. Dagegen wird ebenso allgemein die Behauptung aufgestellt, daß, wenn eine Quantität irrthümlich geleistet worden, die Verpflichtung des unberechtigten Empfängers von vornherein nicht auf Rückgabe der hingegebenen corpora, sondern auf Restitution der Summe — von tantundem ejusdem generis — gerichtet sei.[1])

Diese Annahme ist aber nach den Quellen nicht gerechtfertigt.

Vor allem steht derselben die L. 65 § 6 h. t. entgegen:

1) Glossa ad L. 7 de cond. ind. 12. 6 — woselbst übrigens auch die entgegengesetzte Ansicht beiläufig erwähnt ist (tantundem enim consequitur, sed tantum id ipsum, quod est solutum, est in obligatione); Donellus Com. Jur. Civ. XIV c. 18; Glück Commentar XIII S. 155; Mühlenbruch Doctr. § 654 bei Note 19; Vangerow Pandekten § 625 Anm. 3 gegen Ende; Sintenis Civilrecht § 109 bei Note 81 und 82; Brinz Pandekten I S. 405, u. die monographischen Arbeiten von Wächter civ. Archiv XV S. 124 (mit einer Modification bezüglich der Zahlung durch andere Fungibilien, als Geld); Erxleben die cond. indebiti S. 201 (zu vgl. übrigens auch S 143); Witte, die Bereicherungsklagen S. 143; Voigt die condictiones ob causam S. 326 N. 268—70.

In frumento indebito soluto et bonitas est, et si consumsit frumentum, pretium repetet.

Vom Augenblicke der Consumtion des Getreides an soll die Rückforderung auf den Geldwerth desselben gerichtet sein. Dies setzt nothwendig voraus, daß bis zur Consumtion das übergebene Getreide in specie zu restituiren ist. Denn wenn die Restitutionspflicht sich auf tantundem ejusdem generis beziehen würde, welcher Rechtsgrund würde auf die Verwandlung der generisch bestimmten Obligation in eine Geldschuld führen? Der Gegenstand der ersteren — das frumentum in genere — wird durch den Untergang einer demselben genus angehörigen Species nicht berührt; dieser Untergang kann also nicht zur Folge haben, daß an die Stelle des bisherigen Genus eine einem anderen Genus entnommene Quantität tritt. Ist dagegen der Empfänger verpflichtet, das empfangene Getreide in specie zu restituiren, so muß allerdings mit der Consumtion der übergebenen Species die Obligation entweder erlöschen oder eine Aenderung im Gegenstande erleiden, und zwar ist es letzteren Falls den allgemeinen Principien, wie den sonst in Beziehung auf das Restitutionsobjekt bei der condictio indebiti getroffenen Entscheidungen

L. 65 § 7 u. 8 vgl. mit L. 26 § 12 h. t.

durchaus entsprechend, wenn nunmehr das pretium d. i. der Geldwerth des consumirten Getreides, festgesetzt vom Standpunkte des Vermögens des Empfängers aus, als das zurückzuerstattende Objekt bezeichnet wird. — Zu dem gleichen Resultate führt die Beachtung des vom Juristen selbst angegebenen Entscheidungsgrundes:

In frumento indebito soluto et bonitas est —;

denn wenn die Verschiedenheit in der Qualität des Getreides den Ersatz des consumirten durch Lieferung anderen Getreides ausschließt, so ist vor der Consumtion entweder, wie bei den operae, die Condiktion nur auf das pretium zuzulassen, oder aber der Empfänger zur Restitution der übergebenen species anzuhalten. Ersteres ist nun durch die Stelle selbst et si consumserit frumentum) ausgeschlossen; es bleibt also nur die zweite Folgerung bestehen. — Uebrigens läßt sich nicht ver-

kennen, daß die römischen Juristen, wenn sie grundsätzlich bei Zahlungsleistung mit vertretbaren Sachen die Entstehung einer obligatio ad restituendum in genere angenommen hätten, von der Anwendung dieses Grundsatzes auf Getreide und ähnliche Arten von Fungibilien durch die Rücksicht auf die bonitas nicht hätten abgehalten werden können. Wenigstens hindert sie die nicht weniger bedeutende Verschiedenheit in der Beschaffenheit der verschiedenen Weinsorten nicht, durch datio vini eine condictio ex mutuo auf tantundem ejusdem generis entstehen, und die Qualität des heimzuzahlenden Weines hiebei durch die Qualität des hingegebenen bestimmen zu lassen

L. 3 reb. cred. 12. 1.

Um so sicherer ist es deßhalb gerechtfertigt, über den vom Juristen angegebenen Zweckmäßigkeitsgrund hinaus und auf das oben angeführte Princip zurückzugehen; um so weniger aber die Annahme begründet, daß die L. 65 § 6 cit. eine Singularität gerade für Getreidezahlungen enthalte.[2]) Dieselbe muß vielmehr mindestens überall Anwendung finden, wo in dem Genus, aus welchem bezahlt worden, Qualitätsunterschiede denkbar sind, d. h. bei allen Fungibilien, außer etwa bei einer in Landmünze gemachten Geldzahlung. Indessen läßt sich, sobald einmal über das in L. 65 § 6 cit. angegebene Motiv der getroffenen Entscheidung hinausgegangen wird, kein ausreichender Grund für eine andere Behandlung der Geldzahlung und des durch solche begründeten Rückforderungsanspruches finden. Allerdings wird gewöhnlich eine bestimmte Entscheidung entgegengesetzten Inhaltes in der L. 19 § 2 h. t. gefunden:

Si falso existimans debere, nummos solvero, qui pro parte alieni, pro parte mei fuerunt, ejus summae partem dimidiam, non corporum, condicam —

Allein mit Unrecht. Die Stelle erklärt sich vielmehr aus L. 78 solut. 46. 3. Indem dem angeblichen Gläubiger eine Schuld theils mit fremden theils mit eigenen Geldstücken bezahlt wird, tritt eine commixtio derselben in der Hand des ersteren ein. Diese commixtio aber hebt die Ausscheidbarkeit der

2) Wächter a. a. O. S. 125.

nummi und mit solcher die Möglichkeit, die einzelnen Geldstücke in specie zurückzufordern, auf, gilt also rechtlich als consumtio.[3]) In voller Uebereinstimmung mit dem Principe, das der L. 65 § 6 h. t. zu Grund liegt, wird deßhalb entschieden, daß nicht auf die Rückgabe eines reellen oder ideellen Theiles der übergebenen Geldstücke, sondern auf Restitution in genere zu klagen sei. Fraglich könnte bei dieser Auslegung allerdings die in der Stelle nicht ausdrücklich erwähnte Annahme einer commixtio sein. Allein abgesehen davon, daß bei der Zahlung einer und derselben Schuld mit eigenen und fremden Geldstücken die Vermischung der letzteren nahe genug liegt, wird jene Annahme durch L. 15 § 1 h. t.[4]) gerechtfertigt. Nach dieser Stelle können indebite bezahlte fremde Geldstücke vom Zahlenden mit einer condictio possessionis herausverlangt werden. So lange deßhalb in Folge einer theilweise mit fremden Geldstücken bewerkstelligten solutio indebiti diese condictio possessionis statthaft ist, hat der Zahlende keine Veranlassung, nur in Beziehung auf einen Theil der gezahlten Quantität zu klagen, also auch keinen Grund zu untersuchen, ob die partielle Condiktion die summa oder die corpora zum betr. Theile ergreift. Daß in der L. 19 § 2 nur von einer cond. partis dimidiae die Rede ist, zeigt, daß jene condictio possessionis weggefallen ist — was, da der Besitz nur an den einzelnen nummi als solchen möglich ist, eintreten mußte, sobald die einzelnen Geldstücke nicht mehr in ausscheidbarer Weise im Ver-

3) Dernburg krit. Zeitschrift I, 155.

4) Erxleben a. a. O. S. 188 N. 14 sieht in der L. 15 § 1 h. t. einen direkten Beweis für den — von ihm im Uebrigen außer Acht gelassenen — Satz: daß der gegebene Gegenstand das eigentliche Objekt der Forderung, wie der Schuld bilde. Dies ist insofern richtig, als die Entscheidung der L. 15 § 1 cit. die Möglichkeit der Richtung der cond. indebiti auf Geldstücke in specie voraussetzt. Allein, da im Falle der angeführten Lex 15 die Entstehung einer Forderung auf das tantundem, so lange das Eigenthum der nummi nicht auf den Empfänger übergegangen ist, aus allgemeinen Gründen nicht möglich ist, erscheint jeder Schluß aus der getroffenen Entscheidung auf den Gegenstand des Rückforderungsanspruches im regelmäßigen Falle der Zahlung mit eigenen Geldstücken zum Mindesten als gewagt.

mögen des Empfängers existiren. Wollte allerdings die angeführte L. 19 § 2 von nummi communes verstanden und durch L. 94 § 1 solut. 46. 3 erklärt werden, so könnte von einer commixtio durch Vermischung der zur Zahlung verwendeten Geldstücke nicht die Rede sein. Allein auch dieser Annahme steht die L. 15 § 1 cit. entgegen; denn die auf die corpora sich beziehende cond. possessionis und die cond. dimidiae quantitatis vertragen sich in einem und demselben Falle neben einander nicht; für eine etwaige Ausschließung der condictio possessionis in Beziehung auf nummi communes aber läßt sich kein Grund auffinden. — Wenn hiernach die L. 19 § 2 h. t. der rechtlich gleichmäßigen Behandlung der Rückforderung von Fungibilien aller Art, einschließlich des Geldes, nicht im Wege steht, liefert L. 53 h. t. einen positiven Beweis für die gleiche Behandlung der Rückforderung von indebite gezahlten Geldern nicht blos mit den Rückforderungen derer Fungibilien, sondern auch direkt mit der Rückforderung unvertretbarer Sachen. Nachdem in dieser Stelle zunächst angeführt ist, daß von einem Sclaven gezahlte nummi im Eigenthume des Herrn bleiben, und nachdem für diesen Fall bestimmt ist:

> eos (nummos) non per condictionem, sed in rem actione petere debet —

wird ein Fall angeführt, in welchem der Empfänger Eigenthümer der nummi wird, und in unmittelbarem Parallelismus mit der vorigen Entscheidung festgesetzt:

> eos (nummos) dominus . . . . . per condictionem petere potest.

Die nummi werden also als Gegenstand der Condiktion bezeichnet; nummi aber sind hier die einzelnen übergebenen Geldstücke. Denn wenn auch das Wort bisweilen gleichbedeutend mit dem Worte pecunia in dessen gewöhnlicher Bedeutung gebraucht wird, so ist dies doch in der vorliegenden Stelle nicht anzunehmen, in welcher die zuerst erwähnte dingliche Klage die nummi nothwendig als species ergreift und die Beziehung der persönlichen Klage zum Klageobjekte ganz mit denselben Worten bezeichnet ist, wie bei der actio in rem.

Ein Unterschied zwischen der Geldzahlung und der Zahlung

mit Fungibilien anderer Art kann also nicht statuirt werden; es fragt sich daher nur, ob der aus L. 65 § 6 h. t. in Beziehung auf Fungibilien aller Art abgeleitete, durch L. 53 h. t. unterstützte Satz den allgemeineren Gründen gegenüber, die für die entgegengesetzte Ansicht vorgebracht zu werden pflegen, stichhaltig erscheint.

Fürs Erste wird sich auf die Stellen berufen, in denen allgemein gesagt ist, daß mit der condictio indebiti herausverlangt werden könne aut ipsum quod indebitum solvitur, aut tantundem;

L. 7 h. t., L. 25 praescr. verb. 19. 5.

sowie auf diejenigen, die die quantitas, quae indebite soluta est als einzigen Gegenstand der repetitio bezeichnen.

L. 1 C. cond. ind. 4. 5.

Es liegt nun allerdings nahe, in den ersteren eine umfassende und ausreichende Bestimmung des Restitutionsobjektes zu sehen, und solche an den Gegensatz zwischen fungibeln und nicht fungibeln Sachen anzuknüpfen. Allein einmal umfaßt der Gegensatz zwischen ipsum und tantundem nicht einmal alle Restitutionsobjekte, die gleich mit der Begründung der obl. ad restituendum — also ohne die durch Veräußerung, Vermehrung, Consumtion u. dgl. entstehenden Aenderungen — möglicher Weise vorkommen; [5])

vgl. z. B. L. 26 § 12, L. 65 § 7 h. t.

dann aber kann die Hinweisung auf die Möglichkeit einer repetitio von tantundem auch um deßwillen der Adoption des aus L. 53 und 65 § 6 h. t. abgeleiteten Satzes nicht im Wege stehen, weil immerhin noch Fälle genug übrig bleiben, in denen wirklich tantundem zurückgefordert wird: nämlich alle die Fälle, in denen ohne Mitwirkung eines den Werth mindernden oder vernichtenden casus die Möglichkeit der Restitution der zur Zahlung verwendeten Geldstücke wegfällt (vgl. II).

Weiterhin kommt die Beziehung der condictio indebiti zu der actio ex mutuo, wie solche in § 1 u. 2. I. quib. mod. re 3. 14; § 6 I. obl. quae quasi e contr. 3. 27, u. L. 5 § 3

5) Wächter a. a. O. S. 126.

obl. et act. 44. 7. hervorgehoben wird, in Betracht. Will indessen in diesen Stellen eine dogmatische Bemerkung gefunden werden, so reicht deren Tragweite jedenfalls nicht über die Annahme hinaus, daß der Empfänger eines indebitum in ähnlicher Weise, wie der Empfänger eines Darlehens, verpflichtet werde; daß diese Aehnlichkeit in Beziehung auf das Restitutionsobjekt im Allgemeinen oder wenigstens nach der hier besprochenen Seite hin zur Gleichheit werde, geht weder aus den angeführten, noch aus anderen Stellen hervor, wird vielmehr mindestens bezüglich einer durchgängigen Gleichstellung durch L. 7, 26 § 12, 32 pr., 65 § 6, 7 h. t. u. a. m. widerlegt.[6]) Läßt sich aber aus den angeführten Zusammenstellungen des mutuum und der solutio indebiti auf einen historischen Zusammenhang der cond. indebiti mit der actio ex mutuo schließen — wie dies Voigt[7]) wohl mit Recht annimmt, — und wird dieser Zusammenhang nach Maßgabe von L. 5 § 3 cit., namentlich aber von § 1 I. q. m. re 3. 14 vgl. mit Gaj. III, 91 darin gefunden, daß die zunächst für das Darlehen proponirte actio auch in den Fällen der solutio indebiti gegeben wurde: so kann doch auch unter dieser Voraussetzung jenen Stellen kein Argument gegen die hier vertretene Ansicht entnommen werden. Denn die Formel sowohl der condictio certi, als der condictio triticaria ex mutuo läßt sich auf die repetitio indebiti übertragen, ob die hingegebenen Fungibilien in specie oder in genere das Objekt der Restitutionsverbindlichkeit ausmachen. Dies mag zugleich als weiterer Erklärungsgrund für das mehrfache Anführen des tantundem gelegentlich der Erörterung des Restitutionsobjektes angeführt werden, sowie als Beleg dafür, daß der Satz, der für die cond. indebiti bezüglich einzelner

6) Wächter a. a. O. S. 123. A. M. Witte a. a. O. S. 144 f.; allein wenn auch die in Gaj. III, 91 und dem § 1 I. l. c. gezogene Folgerung durch anderweite Stellen aufgehoben werden sollte, so ist es doch nicht gerechtfertigt, die Entscheidung dieser andern Stellen in die Institutionen hineinzutragen, als Folgerung aus dem daselbst aufgestellten Principe zu behandeln, und auf Grund dieser Folgerung das Princip selbst genauer zu bestimmen.

7) Voigt a. a. O. S. 242 f.

nicht vertretbarer Sachen unbestritten in Geltung war, in Bezug auf die Rückforderung fungibler Sachen auch nicht aus Gründen der processualischen Brauchbarkeit aufgegeben zu werden brauchte.

Wenn endlich Voigt[8]) als Hauptgrund für die entgegengesetzte Ansicht anführt, die ausschließliche Restitution von tantundem beim Empfange einer Quantität entspreche einem allgemeineren Principe des röm. Rechtes, und wenn eine ähnliche Anschauung auch sonst der unbeanstandeten Annahme jenes Satzes zum Ausgangspunkte zu dienen scheint, so ist hiegegen Folgendes zu bemerken. Die Tendenz der condictio indebiti geht im Allgemeinen dahin, den formell vollendeten, materiell aber nicht gerechtfertigten Erwerb des Empfängers eines indebitum rückgängig zu machen. Diesem Zwecke entspricht die Verpflichtung des Letzteren, den in sein Vermögen übergegangenen Gegenstand zu restituiren. Nun ist bei nicht fungibeln Sachen die Verpflichtung zur Restitution in specie unbestritten; die Zahlung selbst aber ergreift, auch wenn es sich um Erfüllung einer generischen Obligation und um Leistung von Fungibilien handelt, die verwendeten Stücke nothwendig in ihrer Specialisirung;[9]) das allgemeinere Princip, das gestatten, beziehungsweise gebieten sollte, die in specie gezahlten Fungibilien, obgleich sie in specie vorhanden sind, in genere zu restituiren, — könnte also nur etwa darin bestehen, daß die vertretbaren Sachen, weil sie im Verkehre regelmäßig nicht als bestimmte Einzelsachen, sondern als Quantitäten in Betracht kommen, vom röm. Rechte ausschließlich in dieser ihrer praktisch vorwiegenden Bedeutung aufgefaßt würden. Allein dies ist eben nicht der Fall. Nicht blos ist die Vindication, die das Objekt nothwendig in seiner individuellen Bestimmtheit ergreift, bei fungibeln Sachen, selbst bei Geldstücken, zugelassen;

L. 11 § 2 reb. cred. 12. 1; L. 53 cond. ind. 12. 6 etc.

es gibt auch eine Reihe von obligatorischen Verhältnissen, in denen fungible Sachen den nicht fungibeln gleich behandelt

8) Voigt a. a. O. S. 326 nach Note 269.
9) Ihering in seinen Jahrbüchern IV, 402.

werden und namentlich in specie das mittelbare Objekt der Verpflichtung des Schuldners ausmachen — bald unbeschränkt,

L. 3 § 6, L. 4 commodati 13. 6.

bald präsumtiv,

L. 31 locati 19. 2.

bald im Falle besonderer Verabredung der Interessenten.

L. 35 § 7 vgl. mit § 5 u. 6 contr. emt. 18. 1.

L. 5 vgl. mit L. 10 § 1 peric. 18. 6.

Nicht die Qualität der betr. Sachen für sich allein also ist es, welche bei Fungibilien in manchen Fällen statt der hingegebenen corpora tantundem ejusdem generis zu restituiren gestattet, sondern der — allerdings durch die Eigenschaft der Vertretbarkeit hervorgerufene — Wille der Interessenten, mag solcher ausdrücklich beziehungsweise durch die Wahl eines bestimmten Rechtsgeschäftes ausgesprochen werden, oder auf Grund der Verkehrssitte durch Schlußfolgerungen zu erheben sein.

L. 2 pr. reb. cred. 12. 1 verb: Mutuum damus, recepturi non eandem speciem, sed idem genus. L. 42 jure dotium 23. 3: Res in dotem datae, quae pondere numero mensura constant, mariti periculo sunt, quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat, et . . . ejusdem generis et qualitatis alias restituat . . .

Eine solche Willensrichtung bei denjenigen Personen, welche ein indebitum bezahlen oder empfangen, anzunehmen, — also anzunehmen, daß dieselben die behufs der Zahlung specialisirten Sachen behufs der Restitution nur als Bestandtheile der Gattung betrachtet wissen wollen: hiefür fehlen, außer der Vertretbarkeit der gezahlten corpora, die für sich allein nicht genügen kann, alle Anhaltspunkte. Und es verhielte sich dies selbst dann nicht anders, wenn der Rechtsgrund der Condiktionen im Willen des einen oder des andern oder auch beider Interessenten zu finden wäre; denn die Willensrichtung, die sich als vorhanden annehmen, und der Rückforderung etwa zu Grunde legen läßt, besteht eben darin, daß die Leistung als Zahlung und nur als Zahlung aufgefaßt und behandelt werden soll; eine direkte oder indirekte Beziehung auf mögliche Restitution, und

namentlich auf die Art der Restitution, läßt sich dagegen nicht annehmen.

> L. 5 § 3 solut. 46. 3. verb: qui solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo, quam contrahendae dare videtur.

Fehlt es nach dem Ausgeführten an stichhaltigen Gründen für die gewöhnlich aufgestellte Ansicht, so muß der Satz, daß auch bei Zahlung von fungibeln Sachen die Rückforderungsklage zunächst die Rückgabe der übergebenen Sachen in specie zum Inhalte hat, als begründet angesehen werden, selbst wenn die oben versuchten Auslegungen der L. 53 u. L. 65 § 6 h. t. Bedenken Raum lassen würden. Bei dem Umstande, daß bei der Zahlung nicht fungibler Sachen die Richtung des Restitutionsanspruches gerade auf die speciell übergebene Sache außer allem Zweifel steht, wird dies keiner weiteren Begründung bedürfen. Dagegen mag die wichtigste praktische Folgerung aus jenem Satze etwas näher in's Auge gefaßt werden. Sie besteht darin, daß — wie der zufällige Untergang der zu restituirenden unvertretbaren Sache die Restitutionspflicht aufhebt — so auch im Falle der indebita solutio von Fungibilien, so lange sich der Restitutionsgegenstand nicht in den in Geld zu berechnenden Werthbetrag verwandelt hat (vgl. hierüber II), eine Befreiung durch zufälligen Untergang der gezahlten und in specie zu restituirenden Stücke eintritt. Ein direkter Beweis dieser Folgerung läßt sich, soweit er nicht in den besprochenen Stellen enthalten ist, allerdings aus den Quellen nicht erbringen; die Aufhebung der auf die Leistung einer species gehenden Obligation durch vom Schuldner nicht zu vertretenden Untergang der Sache ist aber so vielfach ausgesprochen und so ausnahmslos anerkannt, daß die Richtigkeit des Folgesatzes, die Richtigkeit der Prämisse vorausgesetzt, sicherlich nicht in Zweifel gezogen werden kann — und zwar um so weniger, je deutlicher Stellen, wie L. 13 neg. gest. 3. 5. L. 37 V. O. 45. 1. u. L. 3 her. vend. 18. 4 zeigen, daß die röm. Juristen die consequente Anwendung des angeführten Allgemeinsatzes auf die Leistung bestimmter Geldstücke umfassende Obligationen keines-

wegs für unthunlich erachteten.[10]) Es erübrigt daher nur die Erörterung der Gesetze, welche direkt die entgegengesetzte Entscheidung enthalten sollen, nämlich der Leges 16 § 2—18 q. m. c. 4. 2. Aus diesen Stellen soll sich nämlich ergeben, daß in einem analogen Falle — bei der Frage, in wie weit die Erben mit einer reipersecutorischen Klage ex delicto haftbar gemacht werden können? — in so fern ein Unterschied zwischen Fungibilien und Nicht-Fungibilien gemacht sei, als nur bei letzteren dem zufälligen Untergange ein Einfluß auf die Fortdauer der Obligation eingeräumt sei.[11]) Die Grundlage dieser Annahme ist darin zu suchen, daß die L. 17 u. 18 gleichmäßig als Erläuterungen des in L. 16 § 2 cit. aufgestellten Satzes aufgefaßt, ihre Entscheidungen als sich zunächst widersprechend betrachtet, schließlich aber die anscheinenden Widersprüche dadurch gehoben werden, daß die L. 17 von Fungibilien, die L. 18 von Nichtfungibilien verstanden wird. Indessen ist, abgesehen davon, daß die Stellen selbst einen Gegensatz nicht zwischen vertretbaren und unvertretbaren Sachen, sondern zwischen dem auch bei nichtfungibeln Sachen möglichen consumere und dem interire andeuten,[12]) die Beziehung derselben auf eine und dieselbe Frage nicht richtig. Die L. 17 cit. wirft die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen und wie weit eine actio ex delicto und speciell die actio quod met. c. auf die Erben des ursprünglich Verhafteten übergehe, und beantwortet solche, in Uebereinstimmung mit anderen Stellen

namentlich L. 26 dolo malo 4. 3; L. 127 R. I.

dahin, daß dies dann und in soweit der Fall sei, wenn und in wieweit die Erbschaft im Augenblicke der Erwerbung durch den Erben dessen, der das Delikt begangen hat, bereichert sei:

> quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit (L. 26 cit.).[13])

---

10) Mommsen Beiträge I, S. 51; Erörterungen S. 12.

11) Erxleben a. a. O. S. 206 N. 53.

12) Savigny System IV S. 71.

13) Dies heben Mommsen Beiträge I, 323 Note 6 u. Witte a. a. O. S. 319 f. der gewöhnlichen entweder ungenauen oder unrichtigen Darstellung gegenüber mit Recht hervor. Ueber die L. 20. q. m. c. 4. 2., die

Für diese Frage des Uebergangs der Klage auf den Erben ist dann, eben weil es nur auf den Moment der Erbschaftserwerbung ankommt, das spätere Schicksal der Sache, in deren Zugehören zur Erbschaft die Bereicherung der letzteren anerkannt werden mußte, selbstverständlich irrelevant, so also namentlich auch das consumere des ererbten Vermögenswerthes, mag solches auf Fungibilien oder Nichtfungibilien sich beziehen, eine bleibende Vermögensvermehrung oder einen definitiven Verlust mit sich bringen. Die angeführte Lex 18 beschäftigt sich dagegen mit der Frage, in wie weit der dritte Besitzer (alius) einer abgezwungenen Sache hafte, wenn er sie nachträglich aus dem Besitze verloren habe; wendet in der Beantwortung zunächst den allgemein gültigen Satz an, daß zufälliger Untergang einer geschuldeten species die Obligation aufhebe, und bestimmt weiterhin — ganz in Uebereinstimmung damit, daß das Haben des abgezwungenen Gegenstandes, beziehungsweise eines durch den Zwang bewirkten Vermögenszuwachses, der Grund der Haftung ist (L. 14 § 3 und § 5 q. m. c. 4. 2) —, daß beim dritten Besitzer eintretende Conversion der die Verpflichtung desselben begründenden Sache in einen anderen Vermögenswerth die obligatio ad restituendum nicht aufhebe, vielmehr solcher einen fernerhin unzerstörbaren Gegenstand verschaffe. Will daher auch unter dem alius der Erbe mitverstanden werden — was aber der Stellung der L. 18 ungeachtet mindestens zweifelhaft ist — so kann doch eine Collision der in L. 17 und 18 gegebenen Entscheidungen nicht zugegeben werden: denn, obgleich der passive Uebergang des Anspruchs auf den Erben sich lediglich nach den Verhältnissen zur Zeit der Erbschaftserwerbung bestimmt, so ist doch hiermit nicht gesagt, daß nicht allgemeinere, außerhalb der Erbenqualität des Verpflichteten liegende Gründe nachträglich eine Modification beziehungsweise Aufhebung der Obligation herbeiführen können.[14])

Schwierigkeiten bereitet, ob die zeitliche Vermehrung der Erbschaft oder die fortdauernde Bereicherung des Erben als maßgebend betrachtet wird, ist zu vgl. Witte a. a. O.

14) Mommsen a. a. O. S. 323 bei Note 7.

Hiernach stehen die angeführten Stellen der Statuirung eines gleichmäßigen Einflusses des zufälligen Untergangs der zu restituirenden Objekte, mögen solche in Fungibilien oder Nichtfungibilien bestehen, nicht entgegen.

II.

Die L. 65 § 8 h. t. (cond. ind.) 12. 6.

> Si servum indebitum tibi dedi, eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium ejus; si nesciens, non teneberis, sed propter operas ejus liberti et ut hereditatem ejus restituas

und der § 12 der Lex 26 h. t. verbis:

> vel hominem indebitum (dedi) et hunc sine fraude modico distraxisti; nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes —

lassen darüber keinen Zweifel, daß, wenn der zu restituirende Gegenstand durch Handlungen des der condictio indebiti ausgesetzten Empfängers aus dessen Vermögen gekommen ist, die Restitutionsverbindlichkeit entweder völlig erlöscht oder wenigstens eine Aenderung im Object erleidet. Was unter dem nesciens des § 8 cit., und unter dem sine fraude des § 12 zu verstehen ist, mag hier unerörtert bleiben, und ebenso mag die Beantwortung der Frage, wie sich die Verpflichtung im Falle der wissentlichen oder frauduloſen Aufhebung der Restitutionsmöglichkeit gestaltet (teneberis ad pretium ejus) bei Seite gelassen werden.[15]) Dagegen fragt es sich, wie im Falle nicht wissentlich herbeigeführter Restitutionsunmöglichkeit die Leistung näher zu fixiren ist, welche an der Stelle der Rückgabe der als Zahlung empfangenen Gegenstände zu erfolgen hat? Soviel steht freilich fest, daß statt des aus dem Vermögen des Empfängers gekommenen Gegenstandes der in diesem Vermögen

15) Das Material für die Beantwortung beider Fragen stellt zusammen Voigt a. a. O. S. 318 N 254. 271; die von ihm aus solchem abgeleiteten Sätze können übrigens nicht durchaus als richtig anerkannt werden.

dessen Stelle vertretende Werth zu restituiren ist. Diese Restitution läßt sich aber in doppelter Weise denken. Entweder bildet der zurückbleibende Werth in denjenigen Objekten, welche für die weggegebene Sache in das Vermögen des Empfängers gekommen sind, den mittelbaren Gegenstand der Verpflichtung, und sind deßhalb gerade diese Objekte in specie herauszugeben; oder es ist der durch den Erwerb der betreffenden Objekte vermittelte Vermögenszuwachs als solcher, der rückgängig gemacht werden soll, so daß die Verbindlichkeit zur Restitution sich in die Verpflichtung zur Zahlung einer Geldsumme — bestimmt durch die Größe der eingetretenen Vermögensvermehrung — verwandelt. Welche dieser beiden Möglichkeiten ist nun im röm. Rechte adoptirt?[16]) Die Relevanz der Frage liegt auf der Hand; denn während im Falle der Bejahung der ersten Alternative dem zufälligen Untergange des neu erworbenen Vermögensgegenstandes, sowie jeder weiteren Disposition über solchen der gleiche Einfluß auf die Restitutionspflicht zustehen muß, der diesen Ereignissen vor der betr. Aenderung im Objekte zukommt, müssen dieselben im Falle der Entstehung einer eigentlichen Geldschuld — wenigstens wenn und soweit eine Besonderheit der Condiktionen nicht nachweisbar (vgl. hierüber III) — nothwendig bedeutungslos sein. Diese Verschiedenheit ist aber dem praktischen Erfolge nach um so erheblicher, je weniger es — die Richtigkeit der ersten Aufstellung vorausgesetzt — als zulässig erscheint, die Annahme von Surrogirungen willkürlich, etwa mit der ersten Aenderung, aufhören zu lassen, oder einen Unterschied zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen als Restitutionsobjecten zu statuiren.

16) Die Schriftsteller sprechen sich über diese Frage gewöhnlich nicht aus — was sich im Allgemeinen daraus erklären wird, daß solche, sobald die fortdauernde Bereicherung das Restitutionsobjekt bestimmt, von untergeordneter Wichtigkeit ist. Doch finden sich einzelne Aeußerungen, die hieher gehören, so bei Sintenis a. a. O. N. 92 — bei einem unvortheilhaften Kaufe könne der erkaufte Gegenstand statt des Geldes gegeben werden —, bei Mommsen Beiträge I S. 324 N. 7, der gelegentlich der Besprechung der L. 18 q. m. c. 4. 2 die eingetauschte Sache als den Gegenstand der Restitutionsverbindlichkeit darstellt. Nur an einen Gelderſatz (pretium) scheint Voigt a. a. O. S. 327 zu denken.

Eine bestimmte Antwort auf die gestellte Frage geben nun die angeführten zwei Gesetzesstellen — neben L. 65 § 6 h. t. die einzigen, welche die Fortdauer der durch solutio indebiti entstandenen Restitutionsobligation nach dem Wegfall der Restitutionsmöglichkeit direkt feststellen — nicht. Das quod ex pretio habes der L. 26 § 12 cit. läßt sich eben so gut auf die einzelnen als Kaufpreis eingenommenen Geldstücke, als auf den in quantitate zu restituirenden Kaufpreis beziehen; und daß in der angeführten L. 65 § 8 auf die operae und die hereditas verwiesen wird, statt den Geldwerth des Patronates in Anschlag zu nehmen, erklärt sich aus dem in L. 5 § 5 praescr. verb. 19. 5 aufgestellten, der rechtlichen Natur dieses Verhältnisses entsprechenden Satze:

> An deducendum erit, quod libertum habeo? Sed hoc non potest aestimari.

Eher noch könnten die Einzelentscheidungen des Paragraphen 8 als Argumente benutzt werden, insofern der Ausdruck: sed propter operas teneberis auf eine Restitution nicht der operae, sondern einer den Werth derselben repräsentirenden Geldsumme, die Entscheidung ut hereditatem ejus restituas dagegen umgekehrt darauf hinzuweisen scheint, daß die Erbschaft in natura das Restitutionsobjekt bildet. Indessen wäre es nicht gerechtfertigt, aus der Ausdrucksweise im einen oder anderen Falle irgend welchen Schluß zu ziehen. An eine reelle Restitution geleisteter operae kann selbstverständlich nicht gedacht werden;

L. 26 § 12 h. t. L. 25 praescr. verb. 19. 5.

vielmehr könnte hievon jedenfalls nur unter der Voraussetzung die Rede sein, daß noch nicht geleistete operae fabriles, bezw. operae quae in artificio sunt, in Frage stehen würden, indem unter dieser Voraussetzung nach Analogie von

L. 21 § 1 don. 39. 5; L. 18 § 1, 31 § 3 m. c. d. 39. 6 u. a.

die Restitution denkbarer Weise durch Uebertragung des Rechtes auf die operae zu bewerkstelligen wäre

L. 6, 9 § 1 operis lib. 38. 1;

für die Annahme, daß die Stelle gerade solche noch nicht geleistete Dienste in's Auge fasse, fehlt es aber an jedem Anhaltspunkte. Und von einer Restitution der hereditas kann ge-

sprochen werden, ob solche durch reelle Uebertragung der das universum jus defuncti bildenden res und actiones oder durch Ersatz des reinen Werthes mittelst Zahlung einer Geldsumme erfolgt

L. 22 § 5 ad S. C. Treb. 36. 1 vgl. mit L. 26 § 2 leg. I. Sind hiernach die Stellen, die direkt von der Richtung der condictio indebiti auf den für eine irrthümlich bezahlte Sache in das Vermögen des Empfängers kommenden Werth sprechen, nicht geeignet, die aufgeworfene Frage zu beantworten, so läßt sich doch die Antwort von einem allgemeineren Standpunkte aus mit Sicherheit geben. Für's Erste ist, wenn eine indebite empfangene Sache verkauft oder vertauscht wird; wenn mit den in Folge irrthümlicher Zahlung eingenommenen Geldstücken eine Sache gekauft, eine Darlehensforderung begründet wird; wenn die irrthümlich abgetretene Forderung eingezogen wird u. s. f., der nunmehr im Vermögen des Empfängers befindliche concrete Gegenstand, bestehe solcher in den den Kaufpreis ausmachenden, bezw. vom debitor cessus bezahlten Geldstücken, oder in der gekauften bezw. eingetauschten Sache, oder in der Darlehensforderung, nie im Vermögen des Zahlenden gewesen, nicht aus diesem in jenes gekommen. Was vielmehr nach einer derartigen Disposition statt im Vermögen des Zahlenden im Vermögen des Empfängers ist, ist der Werth, welchen für dieses letztere Vermögen der erworbene Gegenstand hat, soweit er dem Werthe des weggegebenen Gegenstandes entspricht; was also allein condicirt werden kann, die diesen Werth darstellende Geldsumme.

L. 26 § 12, L. 65 § 7 h. t.

Weiterhin zeigen die in Bezug auf analoge Verhältnisse getroffenen Bestimmungen, daß das röm. Recht da, wo es bei eintretender Entbindung von der ursprünglichen Leistung die Verpflichtung mit geändertem Objekte fortbestehen läßt, regelmäßig die Leistung in eine Geldleistung verwandelt, und nur ganz ausnahmsweise und aus besonderen Gründen eine anderweite Surrogirung anerkennt. Zum Beweise mag angeführt werden, daß der Dritte, der eine abgezwungene Sache in Besitz hat, nach erfolgtem Verkaufe und Tausche nicht auf die neu erwor-

bene Sache, sondern auf den durch den Erwerb gemachten, in Geld auszudrückenden Vermögenszuwachs zu belangen ist;

> L 18 q. m. c. 4. 2. verb.: sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea deperdat. . .[17])

daß ferner bei der Rückforderung der zwischen Ehegatten geschenkten Sache, also in einem Falle, in welchem sich der Um-

---

17) So nach der Lesart der Florentina, während die als Vulgatlesart bezeichnete Variante depereat die Bedeutung der Stelle für die hier vorliegende Frage zweifelhaft macht. Der Einwendungen Mommsen's (Beiträge I S. 323 Note 7; vgl. auch Jacobi in Ihering's Jahrb. IV. S. 211 Note 56) ungeachtet kann es kaum einem Zweifel unterliegen, daß „deperdat" vorzuziehen ist. Einmal ist die Lesart „depereat" so wenig beglaubigt, daß sie nicht mit Recht als Vulgata angesehen werden kann, vgl. Editio Gebauer-Spangenberg ad h. l., sowie die Lesart „deperdat" in der sonst als maßgebend anerkannten Ausgabe Lugd. 1551, und in verschiedenen anderen alten Ausgaben (Paris. 1534. Lugd. 1569.). Weiterhin erklärt sich die Correktur „depereat" daraus, daß, wie schon die Glossa ad h. l. bemerkt, die Stelle bei Annahme der Lesart deperdat in Widerspruch mit anderen Stellen zu stehen, bezw. ein textus singularis zu sein scheint. Außerdem harmonirt „deperdat" besser als „depereat" sowohl mit den vorangegangenen Worten „quis exitus sit", als namentlich mit der nachfolgenden Bemerkung „vel saepius mutata specie." Was endlich die von Mommsen a. a. O. für die Lesart depereat angeführten inneren Gründe betrifft, so würde der eine — daß nämlich die andere Lesart zu einem Abweichen von den allgemeinen Regeln über die Wirkung der casuellen Unmöglichkeit führe — nur dann zutreffen, wenn dargethan wäre, daß das Surrogat (hier die alia res) in natura zu restituiren wäre. Die Zusammenstellung des Besitzers der abgezwungenen Sache mit dem gutgläubigen Besitzer einer Erbschaft aber kann nicht im Wege stehen, da der Nachsatz nur dazu bestimmt ist, die in der Einnahme des pretium liegende Bereicherung zu beweisen, und für diesen Beweis die bei der her. pet. geltenden Bestimmungen verwendbar sind, auch wenn nachkommende Ereignisse auf die Fortexistenz der Obligation des Besitzers einer abgezwungenen Sache einen andern Einfluß üben sollten, als auf die Haftung des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers. — Wäre freilich anzunehmen, daß der erstere nur für die zur Zeit der Streiteinlassung vorhandene Bereicherung haftet, so stünde die Stelle bei Adoption der Lesart „deperdat" in Widerspruch mit einer Reihe anderer Stellen. Mommsen verwirft aber diese Ansicht selbst (N. 6) und zwar mit vollem Rechte.

fang der Condemnation nach der noch fortdauernden Bereicherung bestimmt, die Condiktion nicht die surrogirte Sache, sondern deren noch vorhandenen Werth ergreift;

L. 28 § 3 don. int. vir. et ux. 24. 1, verb:

Si ex decem donatis sibi mulier servum emerit, et is quinque sit, quinque petenda esse . . . (cf. L. 7 § 3 eod. tit).

L. 9 C. e. t. 5. 16, verb.:

Etsi de tua pecunia mancipia uxori tuae comparata sunt, tamen . . . . pecuniae tantummodo repetitionem habes . .

Daß endlich selbst bei der Erbschaftsklage, bei der doch das S. Cons. Juventianum einen äußeren und die Eigenthümlichkeit des Klagobjektes einen inneren Anhaltspunkt für die Gestattung der Einklagung eigentlicher Surrogate bietet, letztere keineswegs allgemein zugelassen ist.[18])

L. 20 pr. und namentlich L. 25 § 1 h. p. 5. 3. in den Worten:

Item si rem distraxit, et ex pretio aliam rem comparavit, veniet pretium in petitionem hereditatis, non res, quam in patrimonium suum convertit.

daß, soweit durch die die ursprüngliche Leistung aufhebende Thatsache eine actio in das Vermögen des Verpflichteten kommt, die Uebertragung dieser actio dem Schuldner obliegt

L. 14 pr., L. 80 pr. Furt. 47. 2, L. 13 § 12, L. 31 pr. act. emti. 19. 1;

L. 18 § 1 soluto mat. 24. 3;

L. 2 depos. 16. 3

steht jener Annahme nicht entgegen; denn in diesen Stellen erscheint die actio nicht als selbstständiger Vermögensgegenstand, sondern als das Mittel, durch welches die vom Dritten geschuldete Summe in das Vermögen gebracht werden kann; das dem Berechtigten zukommende commodum ist also in Wirklichkeit diese Summe, wenn und soweit sie vom Dritten beizutreiben ist

L. 14 pr. cit.; L. 1 § 47 vgl. mit L. 2 dep. 16. 3.

18) Wächter Erörterungen I S. 6 f.; Brinz Pandekten S. 692 f.

Außerdem kommt in Betracht, daß im Falle des wissentlichen oder absichtlichen Aufhebens der Restitutionsmöglichkeit der Verpflichtete zwar das pretium, den vollen Werth des der Restitution entzogenen Objektes, zu erstatten hat, aber keineswegs das mit dem etwaigen Erlöse angeschaffte Surrogat herauszugeben verpflichtet ist;

L. 65 § 8 h. t. vgl. mit L. 19 und L. 37 § 1 m. c. d. 39. 6.

so daß möglicher Weise die Verpflichtung des bona fide disponirenden Empfängers, müßte solcher das Surrogat mit seinen Erweiterungen

L. 15 pr. h. t.

herausgeben, strenger erscheinen könnte, als die Obliegenheit des dolosen Veräußerers. Daß dies aber der sonstigen Anschauung des röm. Rechts widersprechen würde, erhellt schon daraus, daß für die her. pet., bei welcher die Zulassung von Surrogirungen zu einem ähnlichen Dilemma führt, durch besondere Bestimmung Abhülfe geschaffen ist.

L. 20 § 12, L. 22 her. pet. 5. 3.

Endlich sprechen auch die unter I angeführten L. 7 h. t., L. 25 praesc. verb. 19. 5; L. 1 C. cond. ind. 4. 5 für die Bejahung der aufgeworfenen Frage. Denn wenn die Aufstellung unter I richtig ist, so muß der Einfluß der Umwandlung des ursprünglich geschuldeten Objektes der gleiche sein, ob vertretbare oder nichtvertretbare Sachen indebite gezahlt worden sind. Würde nun das mit den weggegebenen Fungibilien erworbene Vermögensobjekt in specie zu restituiren sein, so könnte nur in verhältnißmäßig wenig Fällen der irrthümlich erfolgten Zahlung einer Geldsumme die Condiktion gerade wieder auf Geld, und in noch wenigeren gerade auf dieselbe Summe gehen, die indebite eingenommen worden ist — während doch die angeführten Stellen das Zusammenfallen der empfangenen mit der zu restituirenden Summe als Regel voraussetzen. Ist dagegen der Geldwerth des erworbenen Vermögensobjektes zu condiciren, so ist selbstverständlich im Falle der irrthümlichen Zahlung einer Geldschuld nicht blos ausnahmslos Geld — in specie oder in quantitate — zurückzuerstatten, sondern es fällt

auch in den meisten Fällen die rückzuzahlende Summe mit der empfangenen dem Betrage nach zusammen; denn der Werth, den ein durch Geldzahlung erworbenes Vermögensobjekt zur Zeit der Erwerbung für den Erwerber hat, bestimmt sich im Zweifel nach der für die Erwerbung ausgegebenen Summe.

Rechtfertigen alle diese Momente die Ansicht, daß durch die mit den indebite bezahlten Objekten vorgenommene Umwandlung die Obligation, soweit sie nicht erlischt, zur Geldschuld wird, so ergibt sich von selbst, daß Ereignisse, die das neuerworbene Vermögensobjekt betreffen, ohne Einfluß auf Fortdauer und Größe jener Schuld sind; daß ferner nur eine einmalige Umwandlung möglich ist, diese aber in gleicher Weise und mit gleicher Wirkung erfolgt, ob Fungibilien oder Nichtfungibilien gezahlt worden sind; und daß endlich der Zeitpunkt, in welchem sich der Umfang der Restitutionsverbindlichkeit definitiv fixirt, durch diese erste Umwandlung bestimmt wird — wie es in L. 18 q. m. c. heißt:

> Quia pretium (rerum hereditariarum), quo locupletem eum vel saepius mutata specie faciendo, perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent.

Nun können allerdings die Ereignisse, welche die Restitutionsmöglichkeit aufheben, sehr verschiedenartig sein und in Folge hievon wie in Folge der Verschiedenheit der gezahlten Objekte differirende Gestaltungen des Vermögenszuwachses sich ergeben. Es erscheint indeß nicht nothwendig, hierauf näher einzugehen, und mag nur bemerkt werden, daß auch ohne Erwerb eines neuen Objektes die Verwandlung des bisherigen in einen definitiven Vermögenszuwachs vor sich gehen kann, wie dies

L. 65 § 6 h. t.

bezüglich der Consumtion des Getreides,

L. 19 § 2 h. t.

bezüglich der Vermischung von Geldstücken,

L. 50 pr. don. int. v. et u. 24. 1

bezüglich der Bezahlung von Schulden,

L. 47 § 1 Sol. 46. 3

bezüglich der bei der Bestreitung nothwendiger Ausgaben zu

vermuthenden Ersparung anderweiter Vermögensobjekte anerkennen.

III.

Die vorstehenden Untersuchungen wären einerseits überflüssig und müßten andererseits theilweise zu anderen Resultaten führen, wenn es richtig wäre, daß sich der Umfang der Verbindlichkeit des Empfängers eines indebitum nach der zur Zeit der Prozeßeinleitung oder des Urtheils vorhandenen Bereicherung desselben bestimmt. Namentlich würde unter dieser Voraussetzung der Einfluß des zufälligen Unmöglichwerdens der Leistung, und hiemit der Unterschied zwischen der Restitution in specie und in genere, sowie zwischen der Rückgabe der Surrogate in natura, und der Ersatzleistung in Geld sehr zurücktreten; denn wenn auch das röm. Recht bei der Beantwortung der Frage, ob in einem bestimmten Zeitpunkte eine Bereicherung als Folge eines vorausgegangenen Ereignisses vorhanden ist, keine Abwägung des Gesammtbetrags des Vermögens zu den verschiedenen Zeitpunkten zuläßt,

L. 55 don. int. vir et ux. 24. 1

so ist die Frage doch immerhin rein thatsächlicher Natur und läßt eine principiell verschiedene Behandlung der fungibeln und nichtfungibeln Sachen, der Obl. in specie und in genere nicht zu — so daß der Verlust der empfangenen Fungibilien oder des erworbenen Surrogates gleichmäßig in Betracht kommen müßte, ob die Restitutionsverbindlichkeit die Fungibilien und die surrogirten Objekte in specie ergreift oder nicht.

L. 7 § 3, L. 16, L. 28 § 3 ff., L. 55 e. t. 24. 1.

Es bedarf daher die Außerachtlassung dieses Gesichtspunktes einer besonderen Rechtfertigung. Dieselbe kann indeß im Wesentlichen gegeben werden durch Hinweisung auf die Ausführungen derjenigen Schriftsteller, die in neuerer Zeit das althergebrachte Dogma von der fortdauernden Bereicherung als der Grundlage und dem Maßstabe der durch die Condiktionen zu verfolgenden Restitutionsverbindlichkeit angefochten haben.[19]) Nur

19) Erxleben a. a. O. S. 182 f.; Witte a. a. O. S. 140 f.; Brinz a. a. O. S. 404; Voigt a. a. O. S. 319 f.

ein Punkt mag besonders hervorgehoben werden. Die Gesetzesstellen, ohne welche die früher allgemein angenommene Theorie wohl nie entstanden wäre, sind die oben (S. 232) hervorgehobenen L. 26 § 12, L. 65 § 6 u. 8 h. t. Daß die neue Ansicht die in solchen enthaltenen Sätze nicht in Uebereinstimmung mit dem von ihr aufgestellten Principe zu bringen vermocht hat, ist deßhalb auch das hauptsächlichste Bedenken gegen solche. Nicht in Uebereinstimmung mit dem Grundgedanken sind aber diese Sätze gebracht, wenn solche auf die Existenz einer zur Zeit der Prozeßführung vorhandenen Bereicherung des Empfängers gestützt werden wollen, während im Uebrigen die fortdauernde Bereicherung als durchaus bedeutungslos für die Bestimmung der Existenz und des Umfangs der Restitutionsverbindlichkeit aufgefaßt wird. Wenn einmal der Umstand, daß zur Zeit der Prozeßführung der Eine aus dem Vermögen des Andern bereichert ist, eine anomale Fortdauer der Condiktion nach Aufhören der Restitutionsmöglichkeit herbeiführt: warum soll derselbe Umstand nicht auch in negativer Weise zu wirken und die Verbindlichkeit des Empfängers beim Wegfalle oder der Minderung der vordem vorhandenen Vermögensvermehrung zu beschränken vermögen? — Indessen bedürfen jene Sätze zu ihrer Erklärung des Rückgreifens auf das Princip der fortdauernden Bereicherung nicht, erscheinen vielmehr als consequente Ausflüsse der für den Umfang der Restitutionsverbindlichkeit maßgebenden Grundgedanken. Die Condiktionen bezwecken nämlich, wie keines Beweises bedürfen wird, die Vermittlung der Rückübertragung Dessen, was ohne genügenden Rechtsgrund (sine causa) aus einem Vermögen in ein anderes gekommen ist; speciell die cond. indebiti die Rückerstattung des indebite solutum aus dem Vermögen des Empfängers in das des Zahlenden. Nun kann ein Vermögen aus einem anderen und zu dessen Nachtheil auf eine doppelte Weise vermehrt werden; einmal dadurch, daß dasselbe Objekt, welches im einen Vermögen war, in das andere übergeht; und dann dadurch, daß der Werth des Objektes, das aus dem einen Vermögen weggekommen ist, in anderer Weise dem anderen zu Gute kommt. Die eine wie die andere Form

der Vermögensvermehrung genügt, um den Rückforderungsanspruch zu begründen; dies ergibt sich aus

L. 26 § 12 h. t.,

nach welcher Stelle der Liberte, der in der irrthümlichen Meinung einer ihm obliegenden Verpflichtung operae fabriles geleistet hat, deren aestimatio condiciren kann; und aus

L. 65 § 7 h. t.,

wornach im Falle der irrthümlichen Einräumung einer habitatio deren Werth in Geld herausverlangt werden kann. Allerdings wird behauptet, daß diese Stellen die Ableitung einer allgemeinen Regel nicht gestatten, weil sich die in solchen getroffenen Entscheidungen als Singularitäten der servitus habitationis und der operae libertorum darstellen.[20]) Allein mit Unrecht; denn nicht blos läßt sich — was zunächst die L. 65 § 7 cit. betrifft — ein Grund für eine den übrigen Servituten gegenüber anomale Behandlung der serv. habitationis in der hier fraglichen Beziehung nirgends auffinden, sondern es liegt auch keinerlei Nöthigung vor, den § 7 cit. gerade auf eine servitus habitationis oder gar ausschließlich auf eine solche zu beziehen;

vgl. vielmehr L. 1 § 1 commod. 13. 6; L. 9 pr. don. 39. 5

bezüglich des § 12 der angeführten Lex 26 aber ist in's Auge zu fassen für's Erste, daß, selbst wenn nachweisbar das judicium operarum die Schätzung der operae fabriles und die Zuläßigkeit der Condiktionen in Bezug auf solche vorbereitet hätte, dieser geschichtliche Zusammenhang der allgemein zutreffenden Erwägung des § 12 ihre dogmatische Bedeutung nicht nehmen könnte; und weiterhin, daß eine Bevorzugung der L. 25 praescr. verb. 19. 5 gegenüber der L. 26 § 12 cit. mindestens vom Standpunkte der Justin. Compilation aus nicht

20) Voigt a. a. O. S. 326 f., 332 f., 404 f., 451. Eine allgemeinere Begründung, die dieser Schriftsteller dem angeführten Satze durch die These geben will, daß nicht alle Vermögenswerthe mit den condictiones sine causa zurückgefordert werden können, mag hier dahin gestellt bleiben, da Voigt selbst die Ausführung dieser Ansicht theilweise in den noch nicht erschienenen 3. Theil seines „Jus naturale" verwiesen hat.

gerechtfertigt ist. — Ist in solchen Fällen der Vermögensvermehrung ohne Uebertragung eines restituirbaren Vermögensobjektes die Condiktion zugelassen, so kann solche selbstverständlich nur eine Geldleistung zum Inhalte haben. Die Höhe der zu zahlenden Summe aber muß, da es sich nicht um Schadenersatz, sondern um Beseitigung der grundlosen Vermögensmehrung handelt, vom Standpunkte des Vermögens des Empfängers, also nach dem Werthe bestimmt werden, den die betreffende Zuwendung zur Zeit, in der sie gemacht wurde, für den Empfänger hatte. Auch dies setzen die eben angeführten Stellen mit Bestimmtheit fest

L. 26 § 12 cit. verb.: quanti operas esset conducturus (patronus)

L. 65 § 7 cit. verb.: non quidem, quanti locare potui, sed quanti tu conducturus fuisses.

Nun können die beiden Formen der Vermögenszuwendung in Bezug auf dieselbe Vermehrung successiv vorkommen; zunächst existirt das dem Vermögen des Zahlenden entnommene Objekt in natura beim Empfänger; im weiteren Verlauf hört es entweder auf zu existiren, wie im Falle des consumere, oder es fällt wenigstens die Restitutionsmöglichkeit weg, wie im Falle des commiscere, des distrahere, des manumittere: und zwar kann das eine wie das andere unter Umständen eintreten, die bewirken, daß der Werth des betr. Objektes ganz oder theilweise im Vermögen des Empfängers zurückbleibt. Ist dies der Fall, so führt dasselbe Princip, das bei anfänglich vorhandener Restitutionsunmöglichkeit die dem Empfänger gewordene Vermögenszuwendung in Geld zurückzufordern gestattet dazu, an der Stelle der erlöschenden oblig. ad restituendum id, quod indebite solutum est, eine Verpflichtung zum Ersatze des zurückbleibenden Werthes zu begründen. Dies ist der Gesichtspunkt, von welchem aus die Bestimmungen der L. 26 § 12 h. t. über die Herauszahlung dessen,

quod ex pretio habes —

und der L. 65 § 8 h. t. über die Verhaftung

propter operas liberti et ut hereditatem ejus restituas

sich erklären einer Seits ohne Anomalie gegenüber dem Grundgedanken der Condiktionen, anderer Seits ohne daß auf die quellenwidrige Annahme der Begründung und Bemessung der Restitutionspflicht nach der zur Zeit der Prozeßführung vorhandenen Bereicherung zurückgegriffen werden müßte. Es ist allerdings die Bereicherung, aber nicht die fortdauernde, sondern die in einem bestimmten Momente vollendete Bereicherung, die, wie sie die Verpflichtung zur Restitution des sine causa Erhaltenen im Allgemeinen begründet, so auch die angeführten Bestimmungen über den Ersatz des pretium consequent mit sich bringt. Aber weisen nicht die Quellen selbst darauf hin, daß wenigstens in den angeführten Fällen der Umwandlung des ursprünglichen Objektes derjenige Werth, der zur Zeit der Einlassung in Folge der irrthümlichen Zahlung im Vermögen des Beklagten noch vorhanden ist, condicirt werden muß? Zweierlei scheint für die Bejahung der Frage zu sprechen. Zunächst die Bestimmung der L. 1 § 47 und L. 2 dep. 16. 3, insofern in dieser Stelle die Verpflichtung zum Ersatze auf den in der Verweigerung der Restitution des commodum liegenden dolus gestützt wird, bei solcher Grundlage aber unter dem id quod pervenit kaum etwas Anderes, als die zur Zeit der Prozeßführung vorhandene Bereicherung verstanden werden kann. Allein die Stelle hat zwar einige Bedeutung für die Erklärung der oben angeführten Gesetze, indem sie klar erkennen läßt, daß Unmöglichkeit der Erfüllung bei Demjenigen, der nur zur Rückgabe einer in seinem Gewahrsam befindlichen Sache verpflichtet ist, schon mit dem Verluste des Gewahrsams eintritt, dies aber die Aufstellung eines Unterschieds zwischen Restitutions- und Leistungsunmöglichkeit, und die Annahme der ersteren im Falle der L. 26 § 12 cit. unterstützt und erleichtert. Für die hier vorliegende Frage nach dem Berechnungsmaßstabe bei den Condiktionen aber ist dieselbe bedeutungslos; denn es ist unthunlich, in den Fällen der L. 26 § 12 und 65 § 6 h. t. die Verbindlichkeit zur Herausgabe des pretium, im Falle der L. 65 § 8 h. t. die Verpflichtung zum Ersatze der operae und zur Restitution der hereditas auf einen präsumtiven dolus des Verpflichteten zurückzuführen — nicht blos, weil die Condik-

tionen stricti juris wären, sondern auch weil die Art und Weise, in welcher in den angeführten Stellen diese condictio pretii neben und unter anderen Fällen der Rückforderung von irrthümlich gemachten Leistungen erwähnt wird, die Annahme einer anomalen Grundlage für dieselbe ausschließt. Ebensowenig kann die Ausdrucksweise der L. 26 § 12 h. t.

hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes

der nach allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Conclusion entgegengehalten werden; denn das ex pretio habere läßt sich nicht minder auf das wirkliche Erhaltenhaben des stipulirten Preises, als auf das fortdauernde Haben desselben beziehen.[21])

Wie hienach die unter II. vertheidigte Auffassung der Surrogirung des ursprünglichen Objektes durch eine den Werth zur Zeit der Umwandlung ausdrückende Geldsumme die rechtliche Uebereinstimmung zwischen dem maßgebenden Principe und der in L. 26 § 12, L. 65 § 6 und 8 h. t. enthaltenen Folgerungen darzuthun geeignet ist, so hebt die gleichmäßige Behandlung der Fungibilien und der Nichtfungibilien (I.) die Verschiedenheit in den praktischen Resultaten auf, zu welchen im Widerspruche mit der naturalen Grundlage des Institutes (L. 15 pr. h. t.) nach den bisherigen Darstellungen das Aufgeben des Principes der fortdauernden Bereicherung führte.

Hiermit aber möchten die hauptsächlichsten Bedenken, die sich gegen die zuerst von Erxleben aufgestellte Theorie geltend machen lassen, gehoben, und der in der vorstehenden Erörterung genommene Ausgangspunkt gerechtfertigt sein.

21) Voigt a. a. O. S. 321.